

**PJD- 040**

7 de noviembre del 2005

Señor

MSc. Javier Cascante E., *Superintendente*  
*Superintendencia de Pensiones*

Estimado señor:

Con instrucciones del Director de la División Jurídica, y en atención al oficio BCROPC-545-05 de fecha 02 de setiembre, recibido en esta Superintendencia el pasado 5 de setiembre, suscrito por el señor Gerente de BCR Pensiones, mediante el cual consulta si en virtud de los artículos 30 y 78 de la Ley de Protección al Trabajador su representada debe establecer la contribución de sus utilidades retenidas para fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), le presento el siguiente criterio jurídico.

### **1. Antecedentes**

Mediante el oficio BCROPC-526-05 recibido en la Superintendencia de Pensiones el 29 de agosto del 2005, el Gerente General de BCR OPC consulta si en virtud de lo dispuesto por los artículos 30 y 78 de la Ley de Protección al Trabajador BCR Pensiones S.A. debe establecer la contribución mencionada en esta última norma, de sus utilidades retenidas para fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).

Dado que según la circular SP-A-055 del 24 de agosto del 2004, toda consulta jurídica que se remita a este ente supervisor debe venir acompañada del criterio del asesor legal de la entidad consultante, se le previno al consultante la presentación del mismo para proceder con la atención de la consulta planteada.

En ese sentido, la Operadora reiteró su petición y remitió el criterio jurídico solicitado, mediante el oficio BCROPC-545-05 de fecha 02 de setiembre que aquí se atiende. Según el criterio jurídico de la División Jurídica del Banco de Costa Rica, número DJ/JEAS/537/2005, se concluye que: *“(...) Conforme lo anterior, delineada la naturaleza jurídica de la Operadora de Pensiones, tenemos que la referida contribución constituye una obligación legal de carácter imperativo y necesario cumplimiento, por lo que estima esta División Jurídica que por razones de sana administración todas las empresas subsidiarias del Banco constituidas como sociedades anónimas; incluida la Operadora, deben proceder a efectuar la provisión correspondiente hasta un 15% independientemente de que el Poder Ejecutivo no haya fijado mediante decreto el monto; y a su vez, deberán seguirlo haciendo en el futuro.(...)”*

## **2. Sobre la naturaleza jurídica de las Operadoras de Pensiones Complementarias**

El concepto de “operadoras de pensiones” resulta de relevancia para la respuesta de la consulta planteada. El artículo 2 inciso i) de la Ley de Protección al Trabajador (LPT), Ley N° 7983, las define como aquellas “entidades encargadas de administrar los aportes, constituir y administrar fondos de capitalización laboral y fondos de pensiones correspondientes al Régimen Complementario de Pensiones y los beneficios correspondientes, conforme a las normas de esta ley”.

De conformidad con el Artículo 30 de la LPT, las operadoras de pensiones complementarias o de fondos de capitalización laboral son personas jurídicas de derecho privado o de capital público, constituidas como sociedades anónimas para administrar de forma exclusiva los fondos de pensiones, los planes respectivos y los fondos de capitalización laboral, sujetas a los requisitos, las normas y los controles previstos en dicha ley y sus reglamentos.

Así, la Operadora es una sociedad anónima sujeta ante todo a la Ley 7983, cuyo acto constitutivo no se limita a su creación como sociedad anónima sino que está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos adicionales impuestos por la naturaleza especialísima de su objeto social, y al acto de autorización emitido por la Superintendencia de Pensiones. En el desempeño cotidiano de su actividad debe sujetarse a los requisitos que se establezcan por parte de la Superintendencia, lo cual se justifica no sólo para preservar la estabilidad y solvencia de las operadoras y del sistema financiero, sino ante todo en resguardo de los intereses de los trabajadores, puesto que es de sus ahorros para la vejez de lo que se trata

El artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores autoriza al Instituto Nacional de Seguros y cada uno de los bancos públicos para constituir una sociedad anónima a fin de que cuenten con un Puesto de Bolsa, al igual que les autoriza la constitución de una operadora de pensiones, en los términos establecidos la Ley N° 7523 del 7 julio de 1995, reformada por Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador.

Dado que su capital social pertenece a un ente público, se entiende que estas operadoras de pensiones complementarias son de su propiedad y por tal motivo, siguiendo lo dicho en ocasiones anteriores por la Procuraduría General de la República, se configuran como empresas de carácter público.

En ese sentido, se pronunció el ente procurador mediante Dictamen C-212-200, al indicar:

*“De lo anterior se sigue que la integridad del capital social pertenece de forma exclusiva a entes públicos y que éstos constituyen la sociedad con el objeto de poder participar en el mercado de valores. La sociedad anónima*

*es el instrumento previsto por el legislador para que entes públicos participen activamente en el mercado bursátil. Se da el supuesto necesario para que la entidad (puesto de bolsa) pueda ser considerada una empresa pública: dominio absoluto del capital por un ente público y posibilidad de controlar las decisiones de la empresa por parte del ente dueño. (...) Los puestos de bolsa de los bancos del Estado y del INS que autoriza el artículo 55 de la Ley de Mercado de Valores, n. 7732 de 17 de diciembre de 1997, constituyen empresas públicas. Si bien estas empresas son propiedad de los bancos y del INS, constituyen personas jurídicas independientes, titulares de patrimonios propios. (...)"*

Más recientemente, mediante el Dictamen C-129-2004 del 3 de mayo de 2004 la Procuraduría indicó, refiriéndose a las operadoras de pensiones complementarias, como empresas públicas que: *"(...) La empresa pública puede adoptar diversas formas de organización. Así, puede organizarse bajo formas de Derecho Público (órgano o ente público), o bien bajo formas de Derecho Privado, concretamente las sociedades mercantiles. Como no existe un mandato unívoco e imperativo de que el legislador organice las empresas públicas de Derecho Público bajo una organización determinada, tenemos que existe una discrecionalidad legislativa en el punto. (...) Sin embargo, como consecuencia del proceso que se ha dado en llamar 'huida del Derecho Administrativo', es notoria la práctica de la Administración de recurrir a formas de organización privada. En efecto, la Administración recurre instrumentalmente a formas organizativas propias del Derecho Privado, por lo que no es de extrañar que diversas empresas sean organizadas como sociedad anónima. Se trata de una técnica instrumental para los entes públicos, que no hace desaparecer el "núcleo público", al menos en lo que se refiere al acto de decisión de crearlas bajo esa forma y las normas en orden a la gestión y control de los fondos que les corresponde. (...) El capital social de esas sociedades está constituido por fondos públicos, tal como ha indicado la Procuraduría desde el dictamen N° 183-99 de 16 de septiembre de 1999. La creación de una 'persona jurídica' independiente del ente propietario de la empresa permite 'separar el patrimonio y contabilidad de la sociedad y la de su propietario', a fin de mantener una gestión transparente de los recursos, transparencia indispensable en un mercado abierto a la competencia. Es este el objetivo del legislador al autorizar la citada creación. (...) Ahora bien, resulta claro que las sociedades constituidas con base en los artículos antes transcritos constituyen empresas públicas. En efecto, la naturaleza de empresa pública debe afirmarse en razón de que el 100% del capital social de las operadoras es público. Los organismos públicos autorizados para constituir dichas operadoras utilizan fondos públicos para formar tanto el capital mínimo de constitución como el de funcionamiento de estos entes. El proceso de constitución del capital de las operadoras de pensiones no modifica la naturaleza jurídica de los fondos respectivos. Estos recursos continúan siendo fondos públicos, por lo que las operadoras de pensiones así constituidas son empresas públicas. Empresas constituidas como sociedades anónimas en virtud de una autorización expresa de ley y cuya particularidad es que están constituidas por un único socio. (...)"*

### 3. Sobre el artículo 78 de la Ley de Protección al Trabajador

El artículo 78 de la Ley de Protección al Trabajador establece que:

**“ARTÍCULO 78.- Recursos para el fortalecimiento del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Establécese una contribución hasta del quince por ciento (15%) de las utilidades de las empresas públicas del Estado, con el propósito de fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS, en cuanto a su financiamiento y para universalizar la cobertura de la CCSS a los sectores de trabajadores no asalariados en condiciones de pobreza. El monto de la contribución será establecido por el Poder Ejecutivo, según la recomendación que realizará la CCSS conforme a los estudios actuariales.”**  
(El destacado no es del original)

En ese sentido, debe recordarse que la Procuraduría General de la República analizó el tema consultado por BCR Pensiones S.A., en su Dictamen C-018-2002 de fecha 16 de enero de 2002. En su análisis, la Procuraduría estableció en lo que interesa que:

*“(…) Lo importante es que independientemente de esa forma de organización que se adopte, podrá hablarse de una empresa pública en el tanto la organización pública realice actividades empresariales, de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. El punto es cuándo dicha empresa pública puede considerarse estatal. (...) eso no significa que entre el Estado y el ente no se establezca una relación estrecha; por el contrario, esa relación es de principio y está determinada por la necesidad de mantener la unidad estatal: su origen es el acto de creación y la atribución de personalidad jurídica para la realización de ciertos fines de interés general. (...) Lo anterior no significa que toda entidad pública sea estatal.(...) Fuera de estos supuestos, si el Estado crea una empresa, aunque esta organización sea una unidad económica y jurídica separada del Estado, puede considerarse empresa estatal en el tanto mantenga la titularidad de la misma. Esa empresa puede ser una institución o una sociedad anónima, según lo indicado en el acápite anterior. (...) El punto es qué pasa si las entidades públicas estatales constituyen a su vez otras empresas públicas. ¿Pueden o no ser consideradas empresas estatales? En estos supuestos el acto de creación de la entidad y la titularidad del patrimonio o control sobre ellas no le corresponde directamente al Estado, sino a la entidad estatal. La presencia del Estado es indirecta, por lo que podría considerarse que en estricto Derecho dichas empresas no son estatales. (...) Es de advertir que si el interés del legislador hubiese sido que toda empresa pública propiedad del Estado o de sus entes, quedase sujeta al pago del impuesto, no hubiese especificado que el tributo pesaba sobre las empresas públicas estatales y hubiese indicado simplemente que el tributo recaería sobre las empresas públicas. (...)”* (el resaltado no es del original)

De allí que sea criterio de la Procuraduría que por empresas públicas estatales debe entenderse las empresas de titularidad del Estado, pero no aquéllas propiedad o sujetas al control de otras entidades públicas. Por consiguiente, si las instituciones estatales crearen empresas, éstas no estarían sujetas al pago del tributo del artículo 78 antes citado.

En ese sentido, el ente procurador concluye que:

“(…)

- a. *El término ‘empresas públicas estatales’ está referido exclusivamente a las empresas del Estado. En ese sentido, comprende tanto a los entes públicos institucionales encargados de actividades industriales y comerciales, como a las sociedades mercantiles cuyo capital social está mayoritariamente en manos del Estado o respecto de las cuales éste ejerce un control predominante.*
- b. *En consecuencia, las empresas públicas creadas por las instituciones estatales no pueden ser consideradas empresas públicas estatales, para los efectos del tributo creado por el artículo 78 de la Ley de Protección al Trabajador. Ello por cuanto la titularidad o el control de esas empresas no está en manos del Estado.”*

De la norma expresa y de la jurisprudencia analizada, se desprende que la imposición de contribución la establece el legislador para las empresas públicas de carácter estatal, es decir, propiedad del Estado. Por lo tanto, las operadoras de pensiones complementarias, tales y como BCR Pensiones OPC no está sujeta a realizar la contribución establecida por el artículo 78 de la Ley de Protección al Trabajador.

Atentamente,



Silvia Canales C.  
**Abogada**